

## REFORMA DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNAS PROPUESTAS

Miguel CARBONELL\*

SUMARIO: I. *Introducción: los derechos fundamentales en la encrucijada del cambio estatal.* II. *Propuestas.* III. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ENCRUCIJADA DEL CAMBIO ESTATAL

Es frecuente que cuando se habla de la reforma del Estado se piense en modificar las facultades de los poderes públicos o en cambiar la manera en que tales poderes se relacionan entre ellos. No se suele reparar en el elemento central de cualquier Estado democrático: el ciudadano.

Ahora bien, hay que ser muy claros en sostener que una reforma del Estado que no cuente con el ciudadano no puede ser calificada como democrática. La reforma *democrática* del Estado debe aspirar a modificar no solamente la relación entre los poderes, sino también la relación del Estado con los ciudadanos, por un lado, y las relaciones de los ciudadanos con otros ciudadanos, por otro.

Para tal efecto, cualquier proceso de reforma del Estado debería concentrar una parte importante de su tiempo y energía en generar un marco constitucional moderno y adecuado en materia de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la “carta de navegación” que rige las relaciones del Estado con el ciudadano y, según las más modernas teorías constitucionales, también las relaciones de los ciudadanos entre sí.<sup>1</sup>

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> La proyección horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales ha suscitado una bibliografía cuantiosa en otros países y menos escasa, aunque ya significativa, en México. Entre las referencias más importantes se encuentran las siguientes:

Si aceptamos la premisa anterior, debemos poner manos a la obra para poder mejorar el texto de la Constitución mexicana, que tiene importantes déficits en la regulación que hace de los derechos fundamentales.<sup>2</sup>

En las páginas siguientes se esbozan algunas propuestas de cambio constitucional que sería deseable abordar en el futuro. Se trata de ideas sueltas que no tienen aspiración alguna de ser exhaustivas, pero que podrían tener relevancia como elementos a tomar en cuenta el día que los legisladores decidan tomarse en serio el tema de reformar el Estado mexicano con vocación y sentido democráticos.

Antes de pasar a la exposición de las propuestas concretas vale la pena apuntar dos asuntos de corte general. El primero de ellos se refiere a la necesidad de que la reforma constitucional en materia de derechos humanos sirva para poner orden en el texto constitucional. Si aspiramos a que los ciudadanos conozcan sus derechos, lo primero que tenemos que hacer es ofrecerles un elenco ordenado, claro, sistemático y bien escrito de tales derechos, que sea comprensible por cualquiera y no que esté al alcance solamente de los expertos, como sucede en buena medida con el texto vigente.

La ordenación sistemática de los derechos debe tener como objetivo ofrecer un relato constitucional que pase de manera ordenada por los si-

Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997; Vega, Pedro de, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittewirkung der grundrechte*)”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; Ferrajoli, Luigi, “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Mijangos y González, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 14, 2003; Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, y Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005.

<sup>2</sup> Algunas críticas al contenido constitucional en materia de derechos fundamentales pueden verse en Carbonell, Miguel, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, y en Carbonell, Miguel, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, CNDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

guientes temas: *a) aspectos o principios generales; b) derechos de igualdad; c) derechos de libertad; d) derechos de seguridad jurídica; e) derechos sociales, y f) derechos colectivos.*<sup>3</sup>

La segunda cuestión de orden general que vale la pena apuntar tiene que ver con el marco de referencia que debe considerar una futura reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos. Es decir, se trata de saber de dónde se van a sacar ideas para llevar a cabo la renovación de los contenidos constitucionales. Y en esto lo peor que puede pasar es que nuestros legisladores intenten ser absolutamente originales. Tal originalidad no puede llevarnos más que a un clamoroso fracaso. Hay experiencias muy alentadoras y del todo verificadas en el derecho comparado que podríamos perfectamente adoptar, con las modalidades y límites que se quiera. Para tal efecto deberíamos reparar en las mejores experiencias latinoamericanas, para compararnos con países que nos son cercanos y que han tenido que enfrentar en tiempos recientes problemas muy parecidos a lo que sufre México. Con ese objetivo creo que nuestros legisladores se podrían beneficiar de la regulación constitucional de los derechos humanos que aparece en la Constitución de Brasil de 1988, de Colombia de 1991 y la de Argentina luego de la reforma integral de 1994. En esas tres cartas constitucionales hay ciertos aspectos que podrían inspirar a los reformadores mexicanos.

También se debería tomar en cuenta la enorme riqueza que actualmente nos ofrece el derecho internacional de los derechos humanos, tanto el derecho contenido en los tratados internacionales (firmados y ratificados por México en un número considerable) como en el derecho derivado de los propios tratados y en la jurisprudencia internacional. En particular, creo que la reforma mexicana puede y debe aprender mucho de las convenciones sectoriales de la ONU (CEDAW, Convención de los Derechos del Niño, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, etcétera), así como de la luminosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años ha venido construyendo un *corpus* dogmático de gran calidad.

<sup>3</sup> Aunque hay una amplia disputa teórica sobre el concepto de derechos colectivos, me parece que para efectos del proceso de reforma del Estado, en esta parte de la Constitución podrían incluirse solamente los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Para la discusión teórica acerca del concepto de derechos colectivos es importante revisar el ensayo de Cruz Parcerio, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, núm. 12, 1998. Del mismo autor es también muy relevante el libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

Si se toman en consideración los grandes avances del derecho comparado y las aportaciones del derecho internacional, los legisladores mexicanos tendrían, en principio, una adecuada guía para modernizar la Constitución mexicana; estarían de esa forma aprovechando una de las grandes ventajas de la globalización y de la “migración” de criterios jurídicos.

## II. PROPUESTAS

### 1. *La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978<sup>4</sup>*

La prohibición constitucional de la arbitrariedad añade un componente cualitativo muy importante a las clásicas garantías de fundamentación y motivación de los actos de los poderes públicos. Aunque esta prohibición tiene como premisas las dos garantías que se acaban de mencionar, su incorporación posibilita un control jurisdiccional más intenso sobre las facultades discrecionales que otorgan todos los ordenamientos jurídicos modernos.

De entrada conviene asentar que no es lo mismo *arbitrariedad* que *discrecionalidad*. Una facultad discrecional, si bien otorga márgenes más o menos amplios de actuación a algún órgano del poder, debe estar suficientemente motivada para no dar a lugar a un ejercicio arbitrario del poder. Desde luego, un acto de cualquier poder público que no esté motivado es por ese solo hecho arbitrario (y, en México, violatorio del artículo 16, párrafo primero, de la Constitución).

La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: *a) hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya*

<sup>4</sup> Véanse las consideraciones de Valadés, Diego, “La Constitución y el poder”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 156 y ss. (reproducido en Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000), así como las de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998; Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; *id.*, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; *id.*, “Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial”, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999.

el acto;<sup>5</sup> b) aportar la justificación fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto; c) permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno.<sup>6</sup>

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas;<sup>7</sup> además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.<sup>8</sup>

En tanto que estuviera consagrado en la Constitución, el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad también operaría sobre el legislador, como ha reconocido para el caso del ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional de ese país.<sup>9</sup> Si bien es cierto que bajo el modelo de las “Constituciones abiertas”, el Poder Legislativo tiene una amplia libertad de conformación del ordenamiento, también es verdad que, como escribe Tomás Ramón Fernández:

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad

<sup>5</sup> Dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto, sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”, Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., p. 97.

<sup>6</sup> Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, cit., pp. 81-85.

<sup>7</sup> Sentencia de la antigua Sala 4a. de 19 de mayo de 1987.

<sup>8</sup> Sentencia de la Sala 3a. de 17 de abril de 1990.

<sup>9</sup> Un repaso de las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la arbitrariedad del legislador puede encontrarse en Fernández, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., pp. 41 y ss.

administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo.<sup>10</sup>

## *2. La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones —no solamente las postales— privadas<sup>11</sup>*

Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: “En tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser derogados para modernizar las disposiciones de la carta fundamental.

Un modelo de redacción constitucional de estos derechos se encuentra en el artículo 18 de la Constitución Española, que establece en sus párrafos 2 y 3 que: “2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”.<sup>12</sup>

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por cualquier vía<sup>13</sup> y con independencia de su contenido,<sup>14</sup> incluyendo las

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

<sup>11</sup> Sobre este punto, Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995 y Jiménez Campo, Javier, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 20, mayo-agosto de 1987.

<sup>12</sup> En México la entrada en un domicilio cuando exista delito flagrante no podría permitirse debido a las enormes deficiencias que persisten en el nivel de profesionalización y honestidad de nuestros cuerpos policiales, problema que en España han resuelto de manera al menos aceptable.

<sup>13</sup> Véase Martín Morales, *El régimen constitucional...*, cit., pp. 44 y ss.

<sup>14</sup> Sobre el punto de contenido de las comunicaciones para efectos de su protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha determinado que “el concepto de

que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como la Internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se puede emitir cuando existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha posible comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder interceptar una comunicación privada. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni siquiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su limitación queda —en un caso extremo y por tanto excepcional— en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

Como apunta Ricardo Martín Morales:

Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevancia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir los aportes tan “ventajosos” que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera.<sup>15</sup>

### *3. Derecho a la posesión y portación de armas*

En el derecho comparado existen en muy raros casos previsiones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana. Quizá hay dos circunstancias que justifican la existencia de ese tipo de preceptos en los textos constitucionales: *a) la mayor o menor dificultad para asegurar el monopolio de la violencia por parte de las instituciones públicas, y b) la mayor o menor influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en cada país.*

«secreto» en el artículo 18.3 (de la Constitución Española) tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Sentencia 114/1984, fundamento jurídico 7).

<sup>15</sup> *El régimen constitucional..., cit., p. 22.*

Obviamente, el derecho a portar armas aparece en aquellos textos constitucionales de países que han tenido grandes dificultades para establecer la seguridad mínima que los habitantes deben tener en cualquier Estado de derecho (países caracterizados por continuas revueltas y por el uso intensivo de la violencia por parte del Estado en contra de la población).

También aparecen disposiciones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana en países que tienen una mayor influencia por parte del constitucionalismo de los Estados Unidos, que es de donde parte la matriz histórica del derecho a la posesión y portación de armas.<sup>16</sup>

Las dos circunstancias mencionadas están presentes, con diferente intensidad según el caso, en los países de América Latina.

Con todo, los textos constitucionales más recientes de la región parecen inclinarse por una prohibición amplia de la tenencia y portación de armas, a la que se añade algún tipo de posible autorización en casos excepcionales y siempre atendiendo a lo que disponga una ley, que incluso puede ser una ley que requiera de una votación agravada para poder ser aprobada. En este sentido se puede citar, por ejemplo, la Constitución de Chile, cuyo artículo 92 dispone que:

Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

El Ministerio encargado de la Defensa Nacional o un organismo de su dependencia ejercerá la supervigilancia y control de las armas en la forma que determine la ley.

Por su parte, la Constitución de Colombia establece en su artículo 223 que:

Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquella señale.

<sup>16</sup> Carbonell, Miguel, “Un contrasentido constitucional: el derecho a la tenencia y portación de armas”, *Lex. Difusión y análisis*, México, núm. 124, octubre de 2005, pp. 34-41.

Finalmente puede citarse el caso de Venezuela, en cuyo texto constitucional de 1999 se dispone por el artículo 324 que:

Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.

Es importante mencionar que la misma Constitución venezolana limita incluso el uso de las armas a cargo de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el tercer párrafo de su artículo 55, que establece lo siguiente: “Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

Como puede verse, en ninguno de los tres casos citados las respectivas Constituciones establecen un “derecho” a poseer armas, sino que, al contrario de lo que hacen las Constituciones de los Estados Unidos y de México, prohíben dicha tenencia en principio y remiten a la ley para la regulación de los casos excepcionales. Es mucho más apropiada esta regulación que la que actualmente existe en la Constitución mexicana.

#### *4. Principio de lesividad*

Una parte sustantiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos debe tener por objetivo la racionalización del derecho penal mexicano, puesto que la regulación vigente ha dado lugar a una verdadera “zona de desastre” que afecta por igual a procesados, víctimas del delito y autoridades encargadas de hacer funcionar un sistema que está en completa bancarrota.<sup>17</sup> Un primer paso para racionalizar el derecho penal sustutivo sería introducir con rango constitucional el principio de lesividad.

<sup>17</sup> La fundamentación de lo que se acaba de afirmar puede verse en Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 2a. ed., México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2008.

Mediante la introducción a nivel constitucional del principio de lesividad se buscaría asegurar que el legislador no considerara como delito más que aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evitaría la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas pero que admiten una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad podría exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas a los intereses y derechos de terceros. Solamente dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales el derecho penal se legitima y se justifica solamente si es capaz de lograr un doble efecto: *a)* prevenir la comisión de conductas delictivas, y *b)* prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extra-institucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas.<sup>18</sup>

El principio de lesividad evitaría considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como pervertidos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectaran causando un daño a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño estarían constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, t. II, p. 356.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 475.

Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera).<sup>20</sup> El mismo Ferrajoli explica que.

Históricamente, por los demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios o fundamentales*.<sup>21</sup>

El principio de lesividad, además, serviría para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente ya figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, por virtud del cual los textos que contengan normas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen.

La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.<sup>22</sup> Del principio de taxatividad penal no puede desprendérse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la «cantidad» de libertad, sino a su «calidad»: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.<sup>23</sup> Para regular la “cantidad” de conductas que

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 466 y 467.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presentación de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

<sup>22</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

<sup>23</sup> Ferreres Comella, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal..., cit.*, p. 45.

se pueden criminalizar y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad, al que nos referiremos enseguida.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que ya está constitucionalmente previsto.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará determinada solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, sino que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”, es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara al menos en un cierto grado el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxico-dependencia. Para Ferrajoli:

Está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de “valores morales”, opuesta a la función protectora del derecho penal.<sup>24</sup>

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos socio-jurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 473.

la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente clandestiniza, sino que lo hace afectando solamente a las mujeres, y además a las mujeres que son pobres.

Como quiera que sea, la constitucionalización del principio de lesividad sería el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo.<sup>25</sup>

### 5. Principio de proporcionalidad

Otra reforma que podría contribuir a racionalizar el sistema penal mexicano sería la introducción del principio de proporcionalidad en la Constitución mexicana.<sup>26</sup>

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. En términos generales podemos afirmar que una medida que afecte un derecho fundamental (por ejemplo el derecho de libertad personal), es proporcional si respeta los siguientes tres sub-principios a través de los cuales se articula precisamente el principio de proporcionalidad:<sup>27</sup> a) el subprincipio de idoneidad,<sup>28</sup> también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener an-

<sup>25</sup> Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., t. II, p. 357.

<sup>26</sup> La llamada “reforma judicial” aprobada en 2008 constitucionaliza el principio de proporcionalidad en la relación entre los delitos y las penas, lo que supone un avance de enormes dimensiones. Pero quizás se pudo haber hecho una previsión más amplia, de forma que el principio abarcara también otros aspectos del derecho penal. Un análisis de su contenido y de los debates previos que fueron apuntalando su concreción puede verse en García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, México, Porrúa, 2008.

<sup>27</sup> La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde nuestra información alcanza, es la de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 687.

claje constitucional); *b*) subprincipio de necesidad,<sup>29</sup> según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; *c*) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,<sup>30</sup> según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer así como a la cantidad de “penalización” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de X o Y conducta.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él una mayor ventaja.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 734.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 757.

máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez:

A mi juicio —escribe Ferrajoli—, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo.<sup>31</sup>

Sin embargo, en términos generales nuestro autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.<sup>32</sup>

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.<sup>33</sup> La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se contiene en el siguiente párrafo:<sup>34</sup>

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la pre-

<sup>31</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 400.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 399 y 400.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 401.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 402.

vista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia 136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal... y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (fundamento jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada con severidad.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: “Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”, “La limitación constitucional del

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que:

Para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”... En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (fundamento jurídico 23).

Con el ejemplo anterior y con los fundamentos doctrinales que hemos citado se puede advertir con claridad la pertinencia y efectos positivos que tendría el recoger a nivel constitucional el principio de proporcionalidad.

#### 6. *La reserva de Código Penal*

Una tercera propuesta para racionalizar el sistema penal mexicano tiene que ver con la introducción a nivel constitucional de una “reserva de Código Penal”.

En efecto, como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal (con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli:

legislador penal”, en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia quasi-constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.<sup>36</sup>

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales. Tal parece que el legislador asume que cada vez que dicta una nueva ley o reforma una ya existente debe incluir disposiciones penales para que los destinatarios “se la tomen en serio” o, como se dice, “para que la norma tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

<sup>36</sup> “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Carbonell, Miguel et al. (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004, p. 112. El mismo autor ha desarrolla esta tesis en *Principia iuris*, cit., t. II, pp. 388-391.

La reserva de código penal quizá comparte los objetivos de una antigua propuesta de varios penalistas mexicanos:<sup>37</sup> la de unificar la legislación penal, de forma que hubiera un único ordenamiento punitivo a nivel nacional. La idea que persiguen ambas propuestas es darle elementos de certeza y de seguridad a los particulares, evitando que a partir de la dispersión normativa (ya sea sobre un único nivel de gobierno o entre los niveles federal y local) se cometan arbitrariedades que vayan en demérito de los derechos fundamentales.

No es momento de analizar con detalle la propuesta de unificar la legislación penal, pasando de los actuales 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales a solamente un código sustantivo y uno adjetivo, pero si queríamos al menos apuntar el tema, ya que la idea de unificar los códigos penales está contenida en la iniciativa de reforma constitucional presentada por el presidente Felipe Calderón ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 y ha sido defendida con anterioridad, desde la década de los cuarenta del siglo XX, por muy distinguidos penalistas. Sin embargo, consideramos que se trata de una propuesta sobre la que debe meditarse con detenimiento, sobre todo a la luz de los avances que en materia de juicios orales se han realizado en diversas entidades federativas, a través del desarrollo muy dinámico de un conjunto de reformas que parecen bastante positivas. No hay rastro alguno de ese dinamismo a nivel del Congreso de la Unión, que ni siquiera ha podido dar cumplimiento a los principios de la justicia para adolescentes contenidos en el artículo 18 constitucional a partir de una reforma de diciembre de 2005.<sup>38</sup>

## *7. Lectura de derechos*

Otro principio que debería estar presente en una reforma modernizadora de nuestro sistema procesal penal previsto en la Constitución es el que se resume en la obligación de las autoridades que practiquen cualquier detención de informar a la persona detenida sobre los derechos que le asisten.

<sup>37</sup> Recientemente, García Ramírez, Sergio, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación”, en Gómez Lara, Cipriano y Storme, Marcel (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, UNAM, 2005, vol. IV, pp. 8-10.

<sup>38</sup> Sobre el tema de la justicia para adolescentes, Islas, Olga y Carbonell, Miguel, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.

Para tal efecto creemos que se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar sobre la causa de su detención y sobre sus derechos.<sup>39</sup> Se trata de una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus derechos. La sanción en caso de que no se le diera “lectura” a los derechosaría llegar a ser la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso *Miranda versus Arizona*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966.<sup>40</sup>

El caso *Miranda* es quizás el que más se ha visto en películas y series televisivas de los Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de los Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿tenía de-

<sup>39</sup> Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Barona Vilar, Silvia, “Garantías y derechos de los detenidos”, *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y ss.

<sup>40</sup> La bibliografía sobre el caso *Miranda* es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “*Miranda versus Arizona*” y “*Miranda warnings*”, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

recho el detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “adversencia Miranda” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas norteamericanas.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:<sup>41</sup>

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

<sup>41</sup> La traducción de la sentencia puede verse en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, pp. 344-353.

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada “*Miranda warning*” y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración pero tenía elementos a fin de presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4.<sup>42</sup>

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los datos sobre el enorme porcentaje de detenidos que no cuentan con ninguna asistencia de abogado mientras se encuentran frente al Ministerio Público e incluso cuando rinden su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” —por decirlo de alguna manera— de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de una medida de este tipo puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre esta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo el párrafo 2 del artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informa-

<sup>42</sup> Véase la nota de Greenhouse, Linda, “The year Rehnquist may have lost his court”, *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

da, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7o., párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (Principio Octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17, párrafo 3, de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27, párrafo 4, de la Constitución portuguesa cuyo texto establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

### III. CONCLUSIÓN

Como puede verse, son muchos los temas y aspectos que deberían ser objeto de reflexión dentro de una reforma constitucional en materia de derechos humanos. Como se anunciaba al principio, las páginas anteriores no tienen más objetivo que el de aportar algunas ideas sueltas que puedan servir para orientar la discusión, reparando especialmente en temas que muchas veces parecen escapar a la atención de nuestros políticos y también de nuestros académicos.

Pero con independencia de la complejidad técnica que pueda tener la reforma en materia de derechos humanos, lo cierto es que no podrá llegar a buen puerto sin la participación de la sociedad civil. La agenda de los derechos humanos no ha tenido un lugar destacado dentro del proceso de reforma del Estado que lleva ya varios años realizándose en México. No lo tendrá en el futuro si la sociedad civil no eleva la voz y pone contra la pared a sus indolentes políticos para obligarlos a tomar en cuenta la necesidad de tener un catálogo de derechos moderno, sistemático y organizado bajo ciertas reglas lógicas.

Por otro lado, es conveniente apuntar que el mejor régimen constitucional de derechos no implicará cambios sustanciales en la calidad de vida de los habitantes de México si no es secundado por una reforma profunda al sistema de “garantías” de los propios derechos, es decir, a los mecanismos de protección de los derechos. Y en esto también tenemos importantes problemas por resolver. Pero su análisis y las respectivas propuestas de reforma deben ser objeto de otro ensayo.